2017 - 01 - 30

Revista de Direito Civil Contemporâneo
2016
RDCC VOL. 7 (ABRIL - JUNHO 2016)
DOUTRINA INTERNACIONAL

Doutrina Internacional

1. Direito romano e cultura europeia

Roman law and european culture

(Autor)

REINHARD ZIMMERMANN

Professor Catedrático para o Direito Civil, o Direito Romano e História do Direito da Universidade de Ratisbona (Baviera, Alemanha). Presidente da Associação Alemã de Professores de Direito Civil. Membro da Academia Bávara de Artes e Ciências. Diretor do Instituto Max-Planck para o Direito Estrangeiro e Privado Internacional, Hamburgo, Alemanha. Membro do Conselho da Sociedade Max-Planck. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. r.zimmermann@mpipriv.de

(Tradutores)

TRADUZIDO POR OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. otavioluiz.sp@gmail.com

TRADUZIDO POR MARCELA PAES DE ANDRADE LOPES DE OLIVEIRA

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Revisão da tradução por TOMÁS OLCESE Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo. tomasolcese@yahoo.com

Sumário:

Área do Direito: Civil

Resumo:

As características da tradição jurídica europeia foram moldadas pelo ius commune, o qual, por sua vez, se fundamentou amplamente no direito romano. Este artigo, adaptado de uma palestra, tem por objeto especificar essas conexões intelectuais. Examinam-se, ademais, as características mais relevantes do direito romano na antiguidade clássica; ao tempo em que se analisam as mudanças na percepção do direito romano e investigam as seguintes questões: Quão romano é o direito romano "contemporâneo"? e quão europeia é a tradição jurídica "europeia"?

Abstract:

The European legal tradition was characteristically shaped by the ius commune which in turn was largely based on Roman law. The present paper attempts to specify these intellectual connections. In addition, it examines the essential features of Roman law in classical antiquity; it analyzes changes in the perception of Roman law; and it explores the questions: How Roman is "contemporary" Roman law? and: How European is the "European" legal tradition?

Palavra Chave: Direito romano - Ius commune - Tradição jurídica europeia - Fundamentos do direito civil
Keywords: Roman law - Ius commune - European legal tradition - Fundamentals of private law

1. Cultura europeia

Este[NA-NT] artigo aborda o tema do direito romano e cultura europeia. Todos os termos empregados e as relações levadas a efeito a partir do título são discutíveis ou problemáticas. "Cultura" é um conceito notoriamente multifacetado e mutável, recorrente, sobretudo em textos sociológicos e antropológicos, que deve capturar as particularidades de uma sociedade específica. Serve para definir aquela sociedade, descrever sua identidade e distingui-la das demais. "Cultura", por conseguinte, têm frequentemente uma leve conotação de confronto. É o que restou óbvio, por exemplo, no fim dos séculos XVIII e XIX com o chamado para preservar a cultura alemã diante das ideias universalistas que emanavam da outra margem do rio Reno.[1] Qualquer tentativa de especificar o conceito de "cultura" parece estar fadada ao fracasso. Não menos de 150 diferentes definições foram propostas em um período de 30 anos, entre 1920 e 1950.[2] Nenhuma delas obteve aceitação.

O termo "Europa" também não pode ser definido com precisão, particularmente se o termo for empregado na tradição do historiador grego Heródoto,[3] em um sentido político ou cultural e não geográfico. A fronteira ao Leste, em particular, sempre foi incerta e foi objeto de tantas transformações, que foi comparada a um litoral constantemente afetado pelas marés ("*tidal Europe*").[4] Hoje, o termo costuma ser associado à União Europeia e aos Estados que pertencem àquela União. No entanto, a Suíça e a Noruega, indubitavelmente, também pertencem à Europa, apesar de não fazerem parte da União Europeia. Muitos ingleses ainda definem a Europa como a Europa Continental. O Reino Unido, no entanto, integra a União Europeia (apesar de não fazer parte da união monetária). Por mais de 500 anos, debateu-se sobre a posição da Rússia como estado europeu, ou não. Ademais, atualmente existe uma acalorada disputa envolvendo a questão de a Turquia pertencer à Europa. Tanto a Federação Russa, quanto a Turquia, são membros do Conselho da Europa, a Turquia desde 1949. Outros Estados pertencentes ao Conselho incluem a Geórgia e o

Azerbaijão.

Obviamente que o termo composto "cultura europeia" dificilmente poderia ser mais simples de definir do que seus componentes singulares. De modo amplo, a influência cristã é tida como uma característica específica da cultura[5] europeia. Por essa razão é que, por um longo período, se referiu ao Ocidente Cristão (*Abendland*), ou à *res publica Christiana*, ao invés de Europa. Os cristãos europeus, contudo, viviam a permanente tensão entre o ideal de união e a realidade de conflitos e separação. Eles confrontavam-se com judeus e com muçulmanos, e, portanto, desenvolveram um senso de diferença e de diversidade.[6] Dentre os próprios cristãos haviam, quase sempre, discordâncias e disputas: as controvérsias que cercavam o arianismo, pelagianismo e monofisismo, a separação das Igrejas Latino-Romanas e Grega Ortodoxa, o Grande Cisma de 1054 e outras dissensões resultantes da reforma Luterana, para se mencionarem apenas alguns dos mais preeminentes exemplos. Outra característica frequentemente apontada da cultura europeia é a racionalidade.[7] Essa racionalidade é um legado da antiguidade[8] clássica grega e romana. Há também, por conseguinte, uma constante tensão entre *ratio* e *fides*. Estas não eram consideradas, pelo menos não na Idade Média, como opostas.[9] A própria Bíblia, em sua distinção entre o Velho e o Novo Testamento, e por meio da justaposição dos Quatro Evangelhos, fornece um amplo espectro para a crítica histórica e para o estabelecimento de uma teologia acadêmica. Ademais, dissociada de sua dimensão escatológica, a fé cristã implica uma preocupação com o mundo existente. A pretensão do reconhecimento do direito do papa como governante universal (o que, por sua vez, se chocava com a pretensão igualmente universal do imperador) era baseada nisso, assim também a constante tentativa de compreender e intelectualmente permear o mundo. O *leitmotiv* da filosofia europeia medieval era "*intellege ut credas, crede ut intellegas*" (entender para crer, crer para entender). Tal circunstância criava oportunidades para se reconhecer e assimilar produtivamente as elaborações intelectuais e culturais da antiguidade clássica: um primeiro e essencial processo de recepção, o qual seria seguido por muitos mais.[10] Em sua busca pela verdade e pela bondade, os filósofos gregos e romanos podem ter sido inspirados pelo *logos* divino; eles eram, por assim dizer, cristãos *avant la lettre*. Em Cristo, Deus havia revelado conclusivamente aquilo que os filósofos pagãos haviam inconscientemente buscado; a história havia, de certa forma, atingido seu destino.[11] Na raiz da cultura europeia, deste modo, estavam os frutíferos coexistência, confronto e reconciliação de percepções, poderes e perspectivas divergentes:[12]*fides* e *ratio*, papa e imperador, Império e territórios singulares que constituíam o Império, Roma e Bizâncio, antiguidade clássica nas variantes grega e romana, tradição judaico-cristã e os sucessivos ataques dos exércitos muçulmanos facilitaram o surgimento do senso de identidade europeu,[13] o papel das revoluções na reforma, mas também preservação da identidade,[14] o sentido de ser livre ainda que limitado, os ideais de *vita activa* e *vita contemplativa*,[15] o Deus único como a trindade divina, Cristo como um homem e Deus verdadeiro, o cristão que renúncia ao mundo e, no entanto, que simultaneamente o aceita: que, por reconhecer algo que é mais importante do que este mundo, ama mais este mundo do que aqueles que nada conhecem além deste. Historicamente, a Europa e a cultura europeia são constructos intelectuais, estabelecidos por uma fértil tensão entre elementos distintos.[16] A oposição entre a unidade e a diversidade elucida a característica dinâmica e a habilidade de crescimento e de desenvolvimento da cultura europeia.[17]

2. Direito e cultura

Retornando ao título do presente artigo: direito romano e cultura europeia. Logo ficará aparente que o termo "direito romano" também requer esclarecimentos e interpretação, ainda que apenas devido ao fato de que não havia "o" direito romano. E, por fim, até a conjunção "e" suscita dúvidas e questionamentos. A provável intenção seria transmitir uma ideia de contribuição entre o direito romano e a cultura europeia. No entanto, isso pressupõe que o direito possa ser visto como um fenômeno cultural, no sentido de ser um elemento constitutivo ou uma manifestação de uma cultura específica.[18] Tal pode ser questionado por alguém que, como jurista do direito comparado, sustente uma abordagem extremamente funcionalista. Para aquele aceitar a presunção de que o sistema jurídico de qualquer sociedade se depara com os mesmos problemas e, que, os juristas, portanto, devem meramente descobrir qual é a melhor solução funcional para tais problemas,[19] irá - como por vezes é afirmado - deixar de notar a alteridade

culturalmente condicionada do direito; de toda sorte, terá de marginalizá-lo.[20] Mas, também para aqueles que vislumbram o desenvolvimento do direito mais amplamente, como uma sequência de recepções, e que argúem que tal desenvolvimento segue uma dinâmica intelectual autônoma,[21] podem vir a questionar, além de seu alicerce econômico, o enraizamento do direito na cultura. Quase nenhum proponente dessas duas ideias, contudo, engajar-se-ia em tão implausível radicalismo. Até aqueles que aderem a uma abordagem estritamente funcional reconhecem, de modo habitual, que apesar dos resultados serem similares, ou até idênticos, o caminho para alcançá-los frequentemente será diferente; e reconhecem que essas diferenças podem ser produto das diferenças entre as culturas jurídicas.[22] A observação do processo de transferência intercultural jurídica (tais como a recepção do direito alemão no Japão, ou do direito suíço na Turquia) também não leva a um resultado diferente, dado que a cultura jurídica do país que recebe, é, até certo ponto, alterada como consequência da recepção. E o direito recepcionado, por sua vez, também não permanecerá inalterado.[23] Desta forma, é, no mínimo plausível, que o direito e a cultura afetem e influenciem-se reciprocamente. Tal influência, porém, nem sempre é estabelecida de modo fácil. O passo que o direito dá em direção à cultura, em geral, parece ser relativamente grande. Ao mesmo tempo, o ponto de referência para uma posição culturalista é incerto: está na cultura europeia, ou em muitas culturas nacionais da Europa? Inexplicavelmente, defensores de uma abordagem decididamente culturalista diante do direito comparado, por vezes, ressaltam exclusivamente o Estado-nação moderno e sua cultura específica, a qual deve ser preservada em face da suposta ameaça da europeização.[24]

O meu próprio ponto de referência, por outro lado, é europeu. No entanto, gostaria de variar levemente a perspectiva, focando na impregnação de uma *tradição* romana, cujas características são especificamente europeias e que pode, de tal modo, ser tomada tanto como uma expressão, quanto como um componente da cultura europeia. Eu proponho, assim, o uso do conceito de "tradição jurídica" como uma ponte entre o direito e a cultura. Outros provavelmente ter-se-iam utilizado do conceito de "cultura jurídica", o qual têm ganhado força nos discursos comparatísticos, buscando ressaltar que o estudo do direito comparado não consiste meramente na comparação de regras jurídicas.[25] Além disso, no entanto, aponta-se o caráter do direito e da cultura jurídica de possuírem uma história e de serem inevitavelmente moldados por essa história.[26] Ademais, isso evita a conotação de confronto do conceito de cultura.[27]

3. Direito romano nas codificações modernas

Quando hoje nos referimos a pretensões de recuperação de propriedade na moderna lei alemã, distinguimos entre uma pretensão fundada na propriedade (*rei vindicatio, Vindikation)* e outra fundada no enriquecimento sem causa (*condictio, Kondiktion).*[28] O possuidor que realizar benfeitorias em uma coisa que não lhe pertença e sobre a qual não tenha o direito de posse (por exemplo, terá de devolver a coisa por efeito da *rei vindicatio*), poderá pretender uma indenização em face do proprietário da coisa. Essas regras encontram-se previstas no §§ 994 e ss. do BGB. Elas se inspiram em regras romanas sobre a restituição do *impensae.*[29] A pretensão de enriquecimento sem causa mais relevante, prevista no § 812, I 1, 1.º apartado, do BGB, é frequentemente tratada como a *condictio indebiti* (de *indebitum solutum*, isto é, o pagamento de algo que não é devido). O § 812, I 2, do BGB contém as *condictiones ob causam finitam* (a pretensão de enriquecimento decorrente do fato de que a condição jurídica para a tradição foi afastada em um momento posterior), e *causa data causa non secuta* (a pretensão de enriquecimento por uma causa que não foi aperfeiçoada).[30] No § 817, I, do BGB, deparamo-nos com a *condictio ob turpem vel iniustam causam* (a pretensão de enriquecimento decorrente de ato ilícito ou imoral do beneficiário, ao receber a transmissão), a qual, no entanto, pode ser excluída conforme a máxima "*in pari turpitudine melior est causa possidentis"* (onde ambas as partes tiverem agido de forma ilícita ou imoral, o possuidor está, comparativamente, em uma melhor posição e, portanto, não deverá ser obrigado à restituição): § 817, 2, do BGB.[31] Aqui, até a terminologia ainda hoje utilizada aponta para as origens romanas do direito privado moderno. Nem sempre o vínculo é tão óbvio quanto este. O termo "delito" (=*Delikt)* é derivado do *delictum* romano; mas também o termo alemão para contrato (*Vertrag*, baseado em *sich vertragen* = de se reconciliar um com o outro) formou-se conforme o modelo do termo em latim *pactum* (baseado em *pasisci* = fazer as pazes),[32] como achado no decreto do *praetor* romano ("*pacta conventa (...) servabo"*).[33]A famosa

previsão da boa-fé no direito dos contratos (§ 242 do BGB), como interpretada pelos tribunais alemães logo após a entrada em vigor do BGB, tem origem na *exceptio doli*, bem como na *bona fides*, as quais regem os contratos romanos consensuais.[34] Uma pessoa é impedida de exercer um direito contratual se, nesse exercício, contradisser seus próprios comportamentos anteriores (*venire contra factum proprium*); se ela própria não tiver agido de acordo com o contrato (*tu quoque*), ou se ela reclamar algo que teria, subsequentemente, de devolver a outra parte (*dolo agit, qui petit, quoad statim redditurus est*). Essas máximas jurídicas romanas podem ser encontradas no § 242 do BGB.[35] Por vezes, o legislador do BGB inclusive adotou as máximas no texto do BGB. Não em latim, é claro. O § 117 do BGB, relativo à simulação (*plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*) e § 305, c, II, do BGB (*interpretatiocontra eum qui clarius loqui debuisset*, ou a regra *contra proferentem*)[36] disso são exemplos. As distinções sistemáticas, tais com aquela entre contrato e delito, ou entre direitos absolutos e direitos relativos, e, coadunando-se com isso, entre direitos obrigacionais e direitos de propriedade, são inspiradas no direito romano. Identicamente são os contratos *standard*, tais como os de venda, troca e doação, mandato, depósito e *cautio*, bem como a distinção entre empréstimos de uso (*Leihe*) e empréstimos de consumo (*Darlehen*). São ainda inspirados no direito romano os critérios gerais de responsabilidade, tais como as várias formas de culpa (*culpa, dolus, diligentia quam in suis*),[37] bem como as ocorrências específicas de responsabilidade sem culpa, tais como se encontram no § 536, A, do BGB (responsabilidade do locador por defeitos no objeto dado em locação)[38] e nos §§ 701 e ss. do BGB (responsabilidade dos hospedeiros).[39] Sem falar nos incontáveis conceitos, institutos jurídicos e normas individuais como: a nulidade dos contratos imorais (*contra bonos mores*),[40] a regra especial sobre a mora do devedor (*mora debitoris*) e do credor (*mora creditoris*),[41] os direitos de redibição e de estimação do preço por dação de objeto com vícios ocultos (*actiones redhibitoria* e *quanti minoris*),[42] a gestão de negócios de terceiros sem autorização (*negotiorum gestio*),[43] e a responsabilidade por fato de animais.[44] Esses são apenas alguns exemplos aleatórios que fornecem tão somente uma impressão superficial da impregnação romana no BGB e que, além disso, foram retirados de um campo específico do direito privado, qual seja, o direito das obrigações. Listas similares podem ser compiladas em outras áreas, particularmente no direito das coisas e no direito das sucessões.[45] Pode-se dizer o mesmo sobre outras codificações da Europa continental.[46] O Código Civil francês, em diversos aspectos, é ainda mais romano do que o BGB:[47] em sua rejeição da eficácia contratual em relação a terceiros (art. 1.121 *Code Civil,* perpetuando a regra de *alteri stipulari Nemo potest*);[48] em sua insistência quanto à certeza do preço como um requisito para a validade dos contratos de venda (art. 1.591 *Code Civil*, isto é, a moderna versão francesa do requisito do *pretium certum*);[49] na regra de que a compensação se opera *"de plein droit par la seule force de la loi, meme à l'insu des débiteurs"* (art. 1290 *Code Civil*, que seria baseado na compensação *ipso iure* do direito romano);[50] e na perpetuação das categorias sistemáticas de contrato, quase contrato, delito e quase delito.[51]

4. Quão romano é o direito romano contemporâneo?

4.1. Equívocos, diferentes camadas de tradição, ambiguidades

Em todos esses e em muitos outros casos, nosso direito e pensamento jurídico modernos moldaram-se pelo direito romano. Raramente, no entanto, as regras modernas são idênticas àquelas do direito romano (ou até mesmo umas com as outras!)[52]. Em algumas ocasiões, o modelo romano foi virado do avesso. Hoje, vemos o quase delito como um nicho sistemático para uma série de instâncias extracontratuais de responsabilidade sem culpa; esses eram, portanto, mantidos separados da responsabilidade delitual, que dependia de culpa.[53] Por muito tempo, porém, os juristas partiram da presunção de que a responsabilidade delitual era equivalente ao dano decorrente de conduta dolosa, ao passo que a responsabilidade fundada em quase delitos englobava os casos de culpa.[54] Essa concepção equivocada, que foi determinada pela tentativa de Justiniano de reconceituar as fontes clássicas do direito sob a óptica de um pressuposto geral de culpa, foi compartilhada pelos legisladores do *Code civil.* Tendo em vista, porém, o fato de que a responsabilidade por danos causados a terceiros por culpa ou dolo é posta em situação de paridade, a distinção entre a responsabilidade delitual e quase-delitual perdeu sua relevância. Ademais, faltava um local apropriado para acomodar o fenômeno da responsabilidade sem culpa no

sistema de direito privado.[55] A interpretação da frase *"ipso iure"* no sentido de "*sine facto hominis*" (isto é, ocorrendo automaticamente) também é baseada em uma interpretação errônea das fontes romanas. Originalmente, pretendia-se que o juiz não determinasse uma indenização, mas que o autor fosse forçado "pela própria lei" a subtrair a quantia da contestação da sua própria pretensão.[56] Ademais, as fontes relevantes preocupavam-se apenas com um tipo específico de compensação: o *agere cum compensatione* do banqueiro. Pois, ao contrário do direito moderno, o direito romano não reconhecia um instrumento jurídico uniforme, com requisitos *standard*; refletindo o caráter de "ação" do direito romano, os quatro diferentes tipos de reparação deveriam ser distinguidos.[57] Em se tratando do *bonae fidei iudicia*, por exemplo, a reparação deveria ser objeto de pretensão. Justiniano também afirmou, em uma de suas contribuições, que a reparação deveria ser declarada;[58] e essa declaração estava destinada a moldar a formação do modelo de indenização atualmente encontrado no direito alemão.[59]

Dessa forma, deparamo-nos com uma situação com duas soluções completamente diferentes para um mesmo problema, ambas com origem no direito romano. Esta não é a única situação desse tipo. A *mora creditoris* (mora de receber uma prestação) fornece outro exemplo para ambos os conceitos encontrados no BGB (o credor não infringe o dever *vis-a-vis* para com seu devedor e não é responsável pelos danos, mas meramente põe em risco sua posição jurídica em inúmeros aspectos) e a ideia de *mora creditoris* constituindo um reflexo da *mora debitoris* (e, portanto, focada em dever, culpa e danos) derivam do direito romano.[60] A tradição do domínio como um fato jurídico "abstrato" ou baseado na *iusta causa traditionis* também pode ser mencionada nesse contexto.[61] Já ocorreu de duas diferentes soluções serem fundadas em um único fragmento do Digesto. Gaius D 19, 2, 25, 7 é um desses casos. Aqui, aquele que havia contratado o transporte de colunas era responsável pelo dano causado às colunas "*si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit"* (se foram danificadas por sua própria culpa e/ou culpa daqueles que usou para o transporte). Se "*que*" em "*eorumque"* for interpretado separadamente,[62] o texto fornece a base para um tipo estrito de responsabilidade a ser imposta ao comerciante por danos de natureza culposa, a que deram causa seus empregados. Achamos essa solução, quanto à responsabilidade delitual, modernamente no art. 1384 do *Code Civil.*[63] Os pandectistas alemães do século XIX, por sua vez, entenderam que o texto imputava a responsabilidade ao próprio comerciante, caso ele próprio e aqueles que empregasse fossem culpados.[64] Por essa interpretação, o texto encaixava-se perfeitamente em um dos preceitos, muito amplamente tido como axiomático na academia contemporânea, de que a responsabilidade extracontratual deve ser fundada na culpa;[65] e que deve ser subsumida em favor da responsabilidade fundada na culpa por fato de terceiro, que ainda é encontrada no § 831 do BGB.[66]

4.2. "....magis differat, quam avis a quadrupede"

Contratos podem ser formados "*nudo consensu"* por mero pacto nú. Esse princípio básico remonta ao direito romano. No entanto, no direito romano, isso era válido apenas em determinadas situações. A regra geral era de que *"nuda pactio obligationem non parit"* (um pacto nu não dá origem a uma obrigação).[67]*Pacta sunt servanda* (ou, mais precisamente, *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*) foi uma frase formulada pela primeira vez no *Corpus Iuris Canonici*, o repositório medieval de direito canônico.[68] A eficácia contratual em relação a terceiros, o direito de agência e a atribuição das pretensões foram impedidos, por um longo período, pelo ideal romano de uma obrigação como um vínculo jurídico estritamente pessoal entre aqueles que celebraram o contrato.[69] Ao mesmo tempo, no entanto, o *Corpus Iuris Civilis* continha diversos pontos de partida cruciais para o eventual abandono dessa visão restritiva.[70] Um único texto, de aparência inócua, contido no *Codex Iustiniani*[71] tornar-se-ia o catalisador para a *actiode in rem verso* geral (ação por qualquer causa que tenha servido para o enriquecimento patrimonial de terceiro) do direito francês,[72] o que, como tal, indubitavelmente, não é um conceito romano. A *condictio indebiti* do moderno direito alemão, por outro lado, encontra um modelo no direito romano, porém difere consideravelmente deste último. A *condictio indebiti* romana era para o enriquecimento com lucro e não por enriquecimento para subsistência;[73] ademais, isso requeria um pagamento indevido de algo que não era devido. Duas fontes conflitantes contidas no *Corpus Iuris*, uma atribuída ao Papiniano,[74] e, outra, atribuída aos Imperadores Diocleciano e Maximiniano,[75] fornecem os

principais argumentos em um debate centenário sobre a relevância, neste contexto, de um erro de direito.[76] Tendo em vista o reconhecimento do *pacta sunt servanda,* a *condictio causa data causa non secuta* perdeu largamente sua função. A *condictio ob turpem vel iniustam causam* perdeu também suas funções por complo.[77] Consequentemente, a aplicação da regra "*in pari turpitudine*" tornou-se problemática.[78] Uma vez que as *condictiones* romanas, de certa forma, suplementavam o fragmentado direito contratual romano,[79] o reconhecimento de um conceito geral de contrato no início do período moderno também pavimentou o caminho para uma ação geral de enriquecimento, a qual foi buscada, acima de tudo, por Hugo Grotius,[80] pela *Cour de Cassation* francesa[81] e por Friedrich Carl von Savigny.[82] Cada um desses partia de um ponto diferente. A generalização da responsabilidade por enriquecimento sem causa, a seu turno, estava fadada a afetar a significância das regras romanas sobre a compensação por *impensae:* pois se alguém que realizou benfeitorias em uma coisa pertencente a outro poder-se-ia aproveitar da alegação de enriquecimento, não mais precisaria da proteção de um conjunto especial de regras. O legislador do BGB, não obstante, decidiu manter essas regras específicas (§§ 994 e ss. do BGB); mas, para tanto, teve de virar a *ratio* de ponta-cabeça.[83] Aquela decisão, de preservar o direito romano, em um ambiente doutrinário transformado e sob diferentes auspícios, acabou sendo distintamente desafortunada.[84] A responsabilidade delitual foi também modernizada e generalizada na jurisprudência medieval e no início da jurisprudência moderna.[85] Foi possível, uma vez mais, prender-se às tentativas bem-sucedidas da jurisprudência romana para converter um decreto estritamente confinado e estranhamente formulado do III século a.C., a *Lex Aquilia,* em um pilar central do direito delitual romano.[86] Juristas medievais e do início da era moderna continuaram a se referir à responsabilidade "aquiliana", apesar desta ter-se convertido em algo bem diferente de suas origens romanas. "Mais do que um pássaro em um quadrúpede".[87] Tal circunstância levou Christian Thomasius, no início do século XVIII, a "retirar a mascara aquiliana" da ação de reparação de danos.[88] E, no entanto, a moderna doutrina do delito ainda é baseada em conceitos (particularmente ilicitude e culpa) que se originam no direito romano, mas que causam dificuldades consideráveis em razão do fato de que a função do moderno direito delitual difere daquela de seu antepassado romano.[89] O direito romano de compra e venda foi feito sob medida para objetos específicos. A extensão de suas regras à compra e venda de objetos descritos como sendo de um certo tipo, ou pertencendo a uma certa classe (bens indetermináveis), deve-se a um de muitos "equívocos produtivos"[90] da interpretação das fontes romanas pela jurisprudência medieval.[91] Essa extensão foi um passo muito progressivo, pois a venda de bens indetermináveis tornar-se-ia praticamente muito mais significativa do que a venda de objetos individuais. No entanto, ao mesmo tempo, uma série de regras da compra e venda romana não eram adequadas para esse tipo de transação, principalmente as regras de risco da *emptione perfecta periculum est emptoris* (com a conclusão do contrato de venda, o risco é transmitido ao comprador)[92] e o regime da responsabilidade *aeditiliana* para vícios ocultos.[93] O primeiro desses problemas foi posteriormente resolvido pelo legislador do BGB, ao estabelecer uma regra de risco diferente daquela do direito romano (§ 446 BGB),[94] enquanto o outro, a despeito do compromisso previsto no § 480 BGB (versão antiga), permaneceu essencialmente sem resolução.[95]

5. Características essenciais do direito romano na antiguidade

Mesmo esses poucos exemplos, penso eu, ilustram diversas características do direito romano que podem ter sido essenciais ao desenvolvimento do direito na Europa:

(i) Estamos lidando aqui com uma jurisprudência altamente desenvolvida, isto é, um ramo específico de conhecimento elaborado e sustentado por juristas. Na antiguidade clássica, isso era algo único.

(ii) Há uma relação de aproximação com o que Fritz Schulz referia-se como isolamento[96] do direito *vis-a-vis* da religião, da moral, da política e da economia: a separação do jurídico e do não jurídico.

(iii) Ao seu turno, isso significava uma forte ênfase no direito privado (e no processo civil). O direito penal e a Administração do Estado, por outro lado, parecem ter sido vistos pelos juristas romanos como algo que não estava especificamente subordinado a uma categoria jurídica.

(iv) O direito privado romano era amplamente um "*Juristenrecht*": não se encontrava positivado em uma legislação sistemática e compreensiva. Ele era aplicado e desenvolvido por juristas com ampla experiência prática.[97]

(v) Isso explica, por um lado, o grande realismo do direito romano e seu foco nos problemas práticos e não na teoria abstrata. De outro modo, isso também explica as muitas controvérsias que tendem a envolver a resolução de problemas jurídicos.

(vi) Essas controvérsias eram uma expressão e um sinal da dinâmica própria ao direito romano, que estava em constante desenvolvimento. Entre Publius Mucius Scaevola, que foi descrito como um dos "*fundaverunt ius civile*" (aqueles que fundaram o *ius civile*;[98] e foi cônsul em 133 a.C) e Aemilius Papinianus[99] (prefeito da guarda Pretoriana de 205-212 d.C, e o mais eminente jurista do fim da era clássica), houve um período de mais de 300 anos durante o qual o Estado e a sociedade, a cultura jurídica romana e o direito romano sujeitaram-se a mudanças fundamentais.

(vii) Fazer referência apenas ao "direito romano", portanto, é algo impreciso. Até o direito romano da antiguidade clássica constituiu uma tradição e era baseado no debate dos problemas jurídicos por gerações de juristas. Aqui está um exemplo típico.[100] Em D 24, 3, 66 pr, Justiniano preservou um texto escrito por Iavolenus,[101]-[102] na passagem do começo para o alto período clássico. Ele foi retirado da obra que constitui uma revisão das obras póstumas de Marcus Antistius Labeo[103] (um contemporâneo do imperador Augusto)[104] e contém a regra, que determina a responsabilidade do marido por vícios (*dolus* e *culpa)* recaintes sobre a propriedade recebida como dote. Refere-se ao jurista de maior destaque do período pré-clássico, Servius Sulpicius Rufus, em apoio a esta regra.[105] Servius, por sua vez, havia tomado a decisão em uma disputa judicial específica de Publius Mucius Scaevola.[106] Essa disputa cuidava do dote de Licinnia, esposa de Gaius Sempronius Gracchus, que havia falecido durante os tumultos gerados pela reforma agrária liderada por Gracchus.

(viii) O direito romano, portanto, é extraordinariamente complexo. Sua natureza é amplamente casuística. Ele foi desenvolvido durante muitos séculos e, portanto, constituiu uma tradição. Ele foi registrado em abundante literatura.[107] E, baseia-se em dois pilares conceitual e historicamente diversos: o *ius civile*, isto é, o tradicional cerne das regras jurídicas aplicáveis aos cidadãos romanos; e o *ius honorarium* - para alguns, a equidade - que foi introduzido pelos pretores no interesse público "*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*" (para ajudar, suplementar e corrigir o *ius civile* tradicional).[108]

(ix) Não obstante, o direito romano não era uma impenetrável floresta de detalhes. Os juristas romanos desenvolveram um grande número de conceitos, regras e instituições jurídicas, que buscavam constantemente coordenar e relacionar intelectualmente uns aos outros. Dessa forma, acabaram por criar uma espécie de sistema "aberto", que combinava coerência com certa flexibilidade.[109] No processo, os juristas romanos eram guiados por uma série de valores, ou princípios, fundamentais, tais como a liberdade, os *bona fides, humanitas* e a proteção dos direitos adquiridos, principalmente ao direito de propriedade.[110]

(x) Outra característica da jurisprudência romana que contribuiu para fazer dela um objeto de análise jurídica fértil foi o fato de que os fundamentos para as decisões não eram fornecidos ou eram apenas insinuados.[111] A casuística romana, portanto, é particularmente rica em presunções tácitas e em pressuposições que podem ser, e devem ser, desenroladas por meio de um processo interpretativo. Novamente, um exemplo pode ilustrar a ideia. Em Marcianus D 18, 1, 44 achamos o seguinte breve texto: "Si duos quis servos emerit pariter uno pretio quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio". Dois escravos foram vendidos por um preço. Ocorre, no entanto, que no momento da celebração do contrato, um dos escravos já havia falecido. Desse modo, não mais se poderia demandar a entrega dos escravos e o contrato resultaria nulo. Tal conclusão fundava-se, para autores do ius commune, na regra "impossibilium nulla obligatio" (nula é a obrigação impossível).[112] Mas pode o comprador requerer a entrega de um segundo escravo? Deparamo-nos aqui com o problema da nulidade parcial das

transações jurídicas. No tempo dos glosadores, a regra geral era "utile per inutile non vitiatur":[113] a parte "útil" da transação não é afetada pela nulidade de outra parte, ou seja, permanece válida. A regra foi retirada de um fragmento de Ulpiano,[114] o qual, no entanto, não havia pretendido fornecer uma regra geral. Ele apenas tinha resolvido um caso individual. A decisão de Marciano em D 18, 1, 44, demonstra que *utile per inutile non vitiatur* não pode ter sido reconhecida no direito romano como uma regra geral, pois o contrato era tido como nulo também com relação ao segundo escravo. Tal pode ser devido ao fato de que o preço para um único dos escravos não era determinado ou determinável por qualquer grau de certeza. Faltava, por assim dizer, um dos requisitos para a validade de um contrato romano de compra e venda (*pretium certum*).[115]

6. A jurisprudência romana e sua transmissão

A emergência de uma jurisprudência com essas características dificilmente seria possível sem a recepção da filosofia grega e uma busca pela verdade na Roma Republicana.[116] De importância decisiva, no entanto, foi o papel do experto jurídico na aplicação e no desenvolvimento da lei. Na própria Grécia, por exemplo, tal papel não existia. O direito na antiga Grécia havia sido, de forma evidente, um direito sem juristas; pois disputas jurídicas eram decididas por uma série de leigos, apontados por sorteio, os quais deveriam tomar suas decisões com base em procedimentos realizados oralmente, durante os quais era atribuído a ambas as partes um período específico de tempo para arguirem o caso, o que deveria ser feito sem qualquer discussão ou possibilidade se de realizar perguntas. As decisões eram tomadas por voto secreto e por maioria simples.[117] Não é difícil ver que essas não eram condições férteis para o estabelecimento de uma ciência jurídica e para o florescimento dos expertos jurídicos.

Decisivo para a significância europeia do direito romano, ademais, foi algo completamente estranho ao direito romano clássico: o abrangente processo de legisferação realizado pelo imperador Justiniano. Ele ordenou a elaboração de uma enorme compilação de trechos de obras do período clássico (o Digesto), a qual então promulgou como lei, em conjunto com uma coletânea de legislação imperial e com um livro introdutório. Como resta aparente de seu nome grego (*pandectae;* consequentemente, a ciência jurídica pandectística), o Digesto deveria ser omnicompreensivo, o que era uma ideia um tanto quanto anti-romana. "Que nenhum jurista ouse adicionar comentários ao nosso trabalho e estragar sua brevidade por meio da prolixidade", decretou Justiniano.[118] Mas esta era uma ingênua esperança. Justiniano não pôde prevenir os acadêmicos de fazer uma obra de estudo do próprio objeto de estudo. Isso era necessário, *inter alia*, pois ele havia introduzido um nível de complexidade no corpo das fontes jurídicas: os textos a serem compilados no Digesto tinham mais de 300 anos e Justiniano havia, portanto, ordenado a revisão e adaptação às condições contemporâneas (esta foi a origem das chamadas interpolações). Ele havia colocado lado a lado e investido de igual validade textos de períodos completamente diferentes do desenvolvimento do direito romano; e, havia adotado em sua compilação uma variedade de textos que refletiam controvérsias entre os juristas romanos e, que, portanto, dificilmente constituíram material ideal para um ato legislativo.

7. Mudanças na percepção do direito romano

A universidade é vista como "uma instituição europeia por excelência".[119] Isso não data da antiguidade clássica, mas originou-se como uma manifestação da grande revolução educacional ocidental, no fim do século XII, inicialmente em Bolonha e, em seguida, em Paris, Oxford e em um crescente número de lugares na Europa Ocidental, Central e Sul.[120] O direito romano pode ser descrito como jurisprudência sem, no entanto, ter sido uma disciplina acadêmica ensinada na universidade. Mas, quando, na alta idade média, o direito fez parte da revolução educacional já mencionada, foi do direito romano, mais do que qualquer direito contemporâneo, que se fez uso (com uma exceção, intimamente ligada ao direito romano, qual seja, o direito canônico) para a análise acadêmica e, portanto, o tipo de academia apropriado a uma universidade.[121] Os textos jurídicos romanos, assim, imediatamente ocuparam uma posição central no estudo do direito secular. Isso se aplicava a todas as universidades fundadas no modelo de Bolonha,

através da Europa, e assim permaneceu até a era da codificação. Na Alemanha, portanto, até o fim do século XIX. A abordagem dos textos romanos, todavia, estava sujeita a consideráveis mudanças.[122] A jurisprudência medieval vislumbrava, predominantemente, os textos como um todo logicamente coerente e tentava demonstrar como se poderiam superar aparentes divergências. Essa conduta provocou uma reação na forma do humanismo jurídico no período renascentista. Os juristas humanistas preocupavam-se, em primeiro lugar, em estabelecer os significados atribuídos originalmente pelos antigos autores. Isso, essencialmente, marcou o início da história do direito. Desde que os juristas humanistas consideraram os textos romanos como não somente um modelo de justiça e de equidade para a antiguidade clássica, mas também para a sociedade contemporânea, foram confrontados, novamente, com o problema de algumas fontes contradizerem outras, de que havia questões para as quais elas claramente não forneciam uma resposta e que algumas das respostas fornecidas obviamente baseavam-se em ideias obsoletas. Esses problemas foram enfrentados por representantes de uma escola conhecida programaticamente como *usus modernus pandectarum* (uso moderno do Digesto). Por haverem passado pelo iluminismo humanista, diferentemente dos juristas medievais, não mais consideravam a autoridade dos textos do *Corpus Iuris* como absoluta: era possível generalizar e desenvolver as ideias nele contidas, examiná-las criticamente, ou até declarar sua ab-rogação por desuso.[123] Durante o mesmo período, outra escola ganhou influência: esta também reconhecia que o direito romano possuía diversas deficiências e, que, muitas vezes apenas insinuava a direção do que era justo e equânime, e que, portanto, buscava ressaltar as verdades fundamentais escondidas nos textos romanos, por intermédio da análise filosófica. Tratava-se da escola do direito natural secular. No século XIX, o estudo do direito na Alemanha era dominado pela escola histórica de savigny, que, no entanto, também possuía apelo e influência em outros países europeus.[124] Com a escola histórica, ganhou ascendência uma abordagem que tendia a ver o direito romano do ponto de vista do direito contemporâneo, e que, portanto, fazia com que a análise de textos históricos servisse às necessidades do presente. A interpretação dos textos foi amplamente inspirada pela consideração de como ele poderia ser aplicado a *práxis* moderna. Foi apenas o BGB que finalmente livrou os "romanistas" (isto é, os acadêmicos que lidavam com as fontes do direito romano) do peso esmagador dessa preocupação e, nesse processo, converteu-os de doutrinadores jurídicos para historiadores jurídicos puros. Essa mudança de interesse dos acadêmicos levou a um tremendo aumento de nosso conhecimento do direito romano no contexto de outros sistemas jurídicos antigos. Mas isso também implicou que a academia jurídica não só deixava de ser uma academia histórica, mas também se tornaria uma empreitada intelectual amplamente anti-histórica.[125]

8. O direito romano e o ius commune

Essa, no mais amplo dos contornos, é a história da que é frequentemente denominada segunda vida do direito romano: os efeitos no conhecimento jurídico europeu a partir da "recepção". O direito romano tornou-se o fundamento do *ius commune.* Esse *ius commune* era um direito aprendido, sustentado pelo estudo e pela erudição acadêmica; manifestado em uma literatura ampla e essencialmente uniforme através da Europa; e baseado em uma formação universitária em direito.[126] Nunca, porém, ele esteve sozinho. O dualismo entre império e igreja, e entre Imperador e Papa, refletiu-se no dualismo entre o direito romano (isto é, direito civil) e o direito canônico, dos tribunais seculares e eclesiásticos e entre os acadêmicos que estudavam o direito romano (os legistas) e aqueles dedicados ao direito canônico (os canonistas). Por vezes, a jurisdição dos tribunais eclesiásticos estendia-se às áreas nucleares do direito privado.[127] Havia conflitos de jurisdição e prorrogações de competência que refletiam a política de poder entre os governantes espirituais e seculares. Mas, havia também vínculos intelectuais de longo alcance. O direito canônico era o direito da igreja romana e baseava-se amplamente no direito romano; a seu turno, ele exercia uma considerável influência no direito secular.[128] O princípio *pacta sunt servanda* deriva do Direito canônico,[129] bem como o princípio da *restituiton in kind.*[130] Além do direito romano e do direito canônico, havia o direito feudal, que havia, no entanto, sido incorporado por meio do *libri feudorum* ao corpo do direito romano.[131] Havia projetos de sistemaização e a doutrina dos escolásticos tardios da Espanha[132] e, posteriormente, dos adeptos do direito natural racionalista, que eram moldados pelo direito romano e, a seu turno, influenciados pelo *ius commune*. Havia os costumes, confinados em sua aplicação a

lugares e territórios específicos, que eram reconhecidos dentro da moldura do *ius commune* e sujeitos ao estudo acadêmico. Havia as regras e normas costumeiras - predominantemente não escritas, mas por vezes colocadas em escrito - que emergiram, a partir do século XII, em feiras e centros comerciais através da Europa, bem como nas cidades portuárias às margens do mediterrâneo, do oceano atlântico e do mar báltico.[133] Aqui, também, havia a mútua influência entre o direito romano e o *ius comume* romano-canônico.

Acima de tudo, porém, havia uma enorme variedade de fontes do direito territoriais e locais, as quais, em teoria, sempre tiveram precedência diante dos tribunais, pois o *ius commune* aplicava-se tão somente *in subsidio*, ou seja, como fonte subsidiária de lei. Na prática, todavia, era frequente que tivesse a vantagem em relação a esta. De acordo com a primeva literatura jurídica moderna, existia inclusive uma presunção fundada (*fundata intentio*)[134] em favor da aplicação do *ius commune*. Mas, isso presume algo que não engloba toda a verdade; pois o que realmente acontecia nos tribunais através da Europa estava sujeito à consideráveis mudanças e poderia variar de lugar para lugar e de matéria para matéria. Até a prática jurídica no sacro império romano-germânico, o coração da recepção, só se pode dizer, de forma resumida, que era caracterizada por um "pluralismo jurídico dificilmente imaginável" hoje.[135] Foi, contudo, a diversidade entre uma abrangente unidade intelectual e essa unidade intelectual foi estabelecida por uma prática jurídica, focando, em toda a Europa, no corpo das fontes jurídicas romanas. O efeito unificador da formação jurídica ficou especialmente evidente, uma vez mais, na Alemanha do século XIX. Tal se deve ao fato de que, apenas em alguns lugares, o *ius commune* foi diretamente aplicável. O restante estava sujeito ao espectro de regimes jurídicos especiais, dentre eles o Código prussiano de 1974, o Código Civil da Áustria, o *Code Civil*, o *Landrecht* de *Baden* (que, essencialmente, constituía uma tradução do *Code Civil*), e posteriormente, também o Código Civil saxônico.[136] Não obstante, foi o *ius commune* que forneceu a base para a interpretação e para o verdadeiro entendimento desses regimes jurídicos.[137] Ele, portanto, reclamava ser e efetivamente se tornava o centro das atenções nos currículos de todas as faculdades de direito alemãs.[138] O ramo pandectista da escola histórica, consequentemente, conseguiu criar (ou melhor, preservar) uma unidade cultural distinta no nível da academia jurídica, permitindo que professores e alunos movessem-se livremente de Könisberg[139] para Estrasburgo, de Giessen para Viena ou de Heidelberg para Leipzig.[140]

9. O direito romano e a tradição jurídica europeia

A tensão entre a unidade e a diversidade é, como nós já vimos,[141] característica da cultura europeia. Assim, como deve restar aparente agora, é de significado central também para a tradição jurídica europeia.[142] Essa tradição foi moldada pelo *ius commune*, que, a seu turno, era amplamente baseado no direito romano. Se tentarmos especificar mais características da tradição jurídica europeia em comparação a outras tradições no mundo (tais como, a ctônica, a talmúdica, a islâmica, a hindu e a da Ásia Oriental),[143] a influência do direito romano pode ser vista em todas as instâncias. Ademais, existe o elemento da escrita.[144] Uma das razões pelas quais o direito romano foi tão influente na Europa medieval deve-se ao fato de ser um direito escrito. Era a "*ratio scripta*". Isso não é apenas demonstrado pelo próprio processo de recepção, como também pelas muitas tentativas de fornecer uma documentação escrita às leis costumeiras prevalentes na Europa a partir do século XII (*Glanvill*[145] e *Bracton*[146] na Inglaterra, *coutumes* na França, *fueros* em Espanha e *Sachsenspiegel*[147] e *Schwabenspiegel*[148] na Alemanha). Esse foi um notável desenvolvimento inspirado nos "direitos eruditos".[149]

Além disso, é claro, o direito romano foi considerado, por séculos, a *"ratio scripta"*: era o modelo de direito racional, isto é, em conformidade com a razão humana. O direito romano, destarte, era uma expressão de coerência intelectual e um direito sistemático, estimulado pela busca por um direito que fosse racional e acadêmico.[150] Ao mesmo tempo, a natureza específica das fontes romanas serviu de prevenção para que o sistema não se tornasse inflexível e estático, pois o direito europeu sempre foi caracterizado por uma habilidade inerente de desenvolvimento. Ou, nas palavras de Harold J. Berman:[151]

"O conceito de (...) um sistema jurídico dependia, para sua vitalidade na crença do caráter contínuo do direito, da capacidade para o crescimento através das gerações e dos séculos - uma crença que é unicamente ocidental. O corpo de direito sobrevive, pois ele contém um mecanismo embutido de transformação orgânica".

O direito europeu está sujeito a constante adaptação. Ele é capaz de reagir a mudança de circunstâncias e às novas situações e demonstrou extraordinária capacidade de integração. O direito romano medieval não mais era o direito romano da antiguidade clássica, o *usus modernus pandectarum* não mais correspondia ao *usus medii aevi*, e a doutrina jurídica pandectística diferia do *usus modernus.* A evolução moveu-se, para usar da famosa frase cunhada por Rudolf von Jhering,[152] para além do direito romano, por meio do direito romano. Nos dias da república romana e da roma imperial, os juristas haviam criado uma "ciência do direito".[153] Os juristas medievais fizeram disso uma disciplina acadêmica, um direito erudito, que deveria ser estudado na universidade.

Esta é mais uma característica do direito europeu e que também se originou do direito romano. O direito é uma profissão erudita e a aplicação e o desenvolvimento do direito são tarefas de juristas bem formados.[154] Intimamente relacionado a isso é o fato de que o direito é uma disciplina autônoma e que, consequentemente, é concebido como um sistema de regras que é separado, em princípio, de outros sistemas normativos, buscando guiar a conduta humana e regular a sociedade, como a religião.[155] Tal corresponde à separação romano entre direito e não direito.[156] A predominância do direito privado na tradição do *ius commune*, com ênfase em um direito dos constados finamente diferenciado,[157] é também um legado romano. Ademais, o direito na europa baseia-se em certos valores que refletem a centralidade da pessoa como o sujeito e ponto de referencia intelectual do direito.[158] Isto seria expressado, de forma especialmente clara, na ideia de uma dignidade específica atribuída ao homem por ter sido criado à imagem de Deus, mas já era inerente ao princípio de liberdade do direito romano. A esse respeito também, a revelação cristã, destarte, levou as realizações intelectuais da antiguidade a seu verdadeiro destino.[159] De forma muito similar, a *aequitas canonica* e o *fides* romano correspondem um ao outro.[160]

10. Quão europeia é a tradição jurídica europeia?

O moderno direito europeu ainda apresenta a imagem de uma intrigante mistura de diversidade e unidade. De tal forma, os sistemas jurídicos continentais costumam ser subdivididos entre as famílias jurídicas germânica e romana.[161] Ademais, há um número de sistemas que são um misto entre essas duas famílias jurídicas, particularmente o holandês e o italiano. Todavia, até os sistemas pertencentes à família jurídica germânica possuem importantes diferenças em estilo e substância. Os Códigos Civis austríaco e alemão datam de diferentes períodos do desenvolvimento do direito europeu e são marcados por diferentes correntes de pensamento. Diz-se que o Código Civil suíço recebeu sua marca característica "amplamente das condições especiais da Suíça e das tradições da vida jurídica daquele país".[162] Não obstante, dificilmente pode-se dissentir que todos os sistemas jurídicos pertencentes aos ramos romano e alemão são suficientemente similares para serem descritos como diferentes manifestações de uma tradição jurídica.[163] O termo em inglês escolhido para essa tradição é *"civil law"* (ou "*civilian tradition"*), que se refere, historicamente ao direito romano.[164] Mas, nós estamos realmente autorizados a falar de uma tradição europeia? No que diz respeito aos Estados da Europa Central e Oriental, a resposta é afirmativa.[165] Até o período das guerras mundiais no século XX, eles pertenciam à esfera cultural do *ius commune*. Em alguns de entre esses países (mais notadamente na Hungria e na Polônia), a continuidade do ensino de direito romano, durante os dias do regime socialista, manteve a conexão com o Ocidente.[166] E, desde o fim desse regime, vemos um processo de reintegração "por meio de uma renovação do direito privado guiado por estudos comparatísticos".[167] Juristas na Rússia Czarista do século XIX também recorreram às doutrinas e métodos do direito romano para lidar com os desafios sociais e jurídicos com os quais o tradicional direito russo era incapaz de com eles lidar adequadamente. Assim como os juristas de muitos outros países, eles eram particularmente inspirados pelo desenvolvimento jurídico da Alemanha, que havia sido moldado por savigny e pela escola histórica.[168] Em 1926, a Turquia adotou o direito

privado suíço e, portanto, "deixou conclusivamente a família jurídica islâmica".[169] Identicamente, os sistemas jurídicos nórdicos são predominantemente considerados como parte de uma tradição civilística,[170] a despeito de ter desenvolvido estilo próprio em uma série de aspectos.[171]

O argumento central frequentemente apresentado contra o reconhecimento de uma tradição jurídica genuinamente europeia é a existência do *common law* inglês que, como se diz, desenvolveu um nobre isolamento da Europa[172] e é fundamentalmente diferente.[173] A ideia de *common law* como uma realização autóctone da genialidade inglesa é, no entanto, um mito. Na realidade, a Inglaterra nunca esteve completamente isolada da cultura jurídica continental. Havia um constante contato intelectual que deixou sua marca no direito inglês.[174] Até em sua origem, esse era um direito anglo-normando feudal no típico padrão da Europa medieval.[175] Por muitos séculos, as línguas do direito inglês foram o latim e o francês. A igreja católica trouxe seu direito canônico[176] e o comércio internacional, a *lexmercatoria*. Em Oxford e Cambridge, duas das mais antigas universidades europeias, o direito romano era lecionado e estudado com base no modelo estabelecido em Bolonha. Por intermédio da Escócia, as ideias jurídicas romanas também foram filtradas para o direito inglês. A Escócia, afinal, no início do período moderno, havia-se tornado uma longínqua província do *ius commune*, com relações particularmente próximas com as universidades francesas e holandesas.[177] O *common law* inglês era suplementado por outra camada de direito, a qual se referem como equidade: o *ius honorarium* inspirado em considerações de igualdade e de justiça (*aequitas*), as quais eram compartilhadas por toda a Europa. O direito consuetudinário inglês medieval foi registrado por escrito na Inglaterra, tanto quanto na Escócia ou no continente europeu. Outro tipo de literatura jurídica encontrada na Inglaterra, da mesma forma como em outros lugares e na mesma época, eram as Institutas de direito nacional. Figuras-chave nesse processo de recepção e de adaptação foram autores como Bracton[178] via Blackstone,[179] por Birks[180] e eminentes juízes, tais como, Sir Matthew Hale, Sir John Holt, Lord Mansfield e o Juíz Blackburn. O moderno direito contratual inglês foi decisivamente moldado por meio de empréstimos massivos de autores como Pothier, Domat, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui e Thibaut.[181] É claro que, em muitos casos, a inspiração fornecida pelo direito romano levou a resultados inteiramente não romanos. Isso também foi, contudo, uma verdade nos sistemas jurídicos continentais. Desse modo, no mais conhecido dos casos, concernente à procissão de coroação do rei Eduardo VII - que havia sido adiada, uma vez que o rei contraiu peritonite - nós lemos: "A verdadeira questão neste caso é a extensão da aplicação, no direito inglês, do princípio do direito romano que foi adotado e a partir do qual foram tomadas muitas decisões inglesas".[182] O princípio referido é o do "debitor speciei liberatur casuali interitu rei": o devedor é liberado da obrigação de fazer, quando sua realização se torna impossível e a impossibilidade não é imputável a sua culpa.[183] Por volta da metade do século XIX, os tribunais ingleses passaram a incorporar essa regra aos contratos.[184] No processo, utilizava-se de um instrumento, também oriundo do direito romano: a incidência de uma condição (resolutiva) tácita.[185] Foram, então, lançadas as bases para a doutrina da frustração do contrato. Funcionalmente, ela corresponde à doutrina continental da *clausula rebus sic stantibus*, que também foi criada a partir de uma miscelânea de elementos do direito romano, apesar de ser por este desconhecida.[186] Mas, isso foi meramente um exemplo. Para onde quer que alguém olhe, acharemos "instituições, procedimentos, valores, conceitos e regras jurídicas que o direito inglês divide com outros sistemas jurídicos do Ocidente".[187] Quase nada é sagrado. Até a *Magna Carta*, "a mais fundamental afirmação do direito consuetudinário e princípio constitucional inglês", foi, na melhor das hipóteses, parcialmente moldada pelas influências provindas do *ius commune*.[188]

Aquele que não confinar sua atenção simplesmente às soluções específicas encontradas nas fontes do direito romano, mas também levar em consideração a flexibilidade da tradição baseada no direito romano e sua capacidade de crescimento e assimilação produtiva, será capaz de reconhecer que o *common law* inglês também pode ser visto como uma manifestação da tradição jurídica europeia.[189] É claro que, através dos séculos, desenvolveu-se um considerável número de peculiaridades e idiossincrasias. Hoje resta óbvio, todavia, que essas idiossincrasias se têm desgastado em ambos os lados do Canal. Basil Markesinis refere-se à convergência gradual,[190] James Gordley a uma distinção datada (entre *civil law* e *common law*).[191] Isso aplica-se no tanto no âmbito do direito substantivo, quanto em relação às questões

fundamentais, tais como a metodologia jurídica.[192] Se também for levada em consideração a influência que o direito romano exerce mundialmente,[193] podemos hoje afirmar o mesmo que disse Rudolf von Jhering há 150 anos:[194]

"O significado histórico e missão de Roma, resumidamente, é a de superar limitações do princípio da nacionalidade por intermédio da ideia de universalidade (...). O significado especial do direito romano para o mundo moderno não consiste do fato de que, por algum tempo, foi aplicado na prática como uma fonte de direito (...) mas foi trazido por uma revolução intelectual que decisivamente moldou nosso inteiro raciocínio jurídico. O direito romano, consequentemente tornou-se, tal como o Cristianismo, uma característica cultural constituinte do mundo moderno".